ORLANDO GOMES E LA FUNZIONE SOCIALE DEL DIRITTO

Riccardo Cardilli
Università di Roma "Tor Vergata"

Sommario: 1. Il problema storico della funzione sociale del diritto. - 2. Critiche all'individualismo del diritto privato liberale. - 3. Orlando Gomes e la funzione sociale del diritto.

1. *Il problema storico della funzione sociale del diritto*

È stato osservato in un importante saggio da Tilman Repgen che «*nella giurisprudenza tedesca sembra essere fermamente radicata l'idea che il codice civile del 1896 sia, come disse Franz Wieacker, "un figlio nato tardi del liberalismo classico". Egualmente, è ferma la critica secondo la quale il codice civile non rispondeva alle esigenze sociali del suo tempo, gli mancavano cioè quelle "gocce d'olio sociale" che Bismarck aveva chiesto per tutta la codificazione statale*»[1].

L'*allgemeiner Teil,* figlio della costruzione dottrinaria in chiave logico-deduttiva del sistema di diritto privato, finendo per costituire il fondamento primo del Codice civile, raffigura il diritto privato quale algida rappresentazione dei rapporti giuridici in chiave esclusivamente individuale, con la scomparsa della comunità e dell'ineliminabile dimensione sociale del *ius*[2].

Orlando Gomes, nato a Bahia nel 1908 e ivi morto nel 1988, è considerato il «principe dei civilisti brasiliani del secolo XX», nel suo *Anteproyecto* di Codice rifiutò la *parte geral*, accolta invece nell'*Esboço* di Augusto Teixeira de Freitas, sia nel *Código civil* del 1916 di Clovis Bevilaqua. Orlando Gomes è tra i più duri sostenitori di un superamento in Brasile del modello liberale di diritto privato che trova espressione nei codici civili europei dell'Ottocento. Egli è convinto fautore di un concreto recupero della funzione sociale del diritto[3].

Il suo percorso scientifico è di alto interesse, in quanto in esso è possibile cogliere una pervasività in espansione della socializzazione del

[1] T. REPGEN, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts. Eine Grundfrage in Wissenschaft und Kodifikation am Ende des 19. Jahrhunderts*, Tübingen, 2001, Vorwort, p. VII.

[2] Per il mio punto di vista si vd. R. CARDILLI, *Das römische Recht der Pandektistik und das römische Recht der Römer*, in AA.VV., *Wie pandektistisch war die Pandektistik? Symposion aus Anlass des 80. Geburtstags von Klaus Luig am 11. September 2015*, hrsg. von H. –P. HAFERKAMP e T. REPGEN, Tübingen, 2017, 83-99.

[3] Sulla figura dello studioso si vd. per tutti J. C. MOREIRA ALVES, *Orlando Gomes e o direito civil*, in *Revista de Direito Civil, Imobiliario, Agrario e Empresarial,* 16/62, 1992, 7 ss.

diritto, partendo dagli studi filosofico-politici, quali quelli della sua opera sullo Stato e l'individuo del 1932, per poi maturare con grande sensibilità storica nelle opere dedicate alla nuova stagione legislativa giuslavorista, fino ad approdare ad una amplissima produzione scientifica in materia di diritto civile.

La critica di Orlando Gomes all'individualismo dominante nel diritto privato del secolo XIX e XX, si colloca all'interno di un filone importante di continuità e sviluppo di pensiero, che va da Marx e Jhering, da Otto von Gierke a Emilio Betti, fino in Brasile, da Orlando Gomes a Miguel Reale. Vediamone alcuni passaggi salienti.

2. *Critiche all'individualismo del diritto privato liberale*

A. *Karl Marx*

Alcune ideologie che nella storia europea hanno agito negli ultimi secoli, condizionandone gli sviluppi. Alcune di esse si sono orientate contro il diritto individualista. Tra queste segnalo il marxismo (e poi anche il leninismo), il nazionalsocialismo e il normativismo[4].

Nel **Programma del Partito nazionalsocialista tedesco del 24 febbraio del 1920**, programma tristemente noto per aver stabilito i punti programmatici dei futuri sviluppi della politica nazista, si stabiliva all'art. 19 che:

> «Pretendiamo la sostituzione del diritto romano al servizio dell'ordine materialistico mondiale con un diritto comune tedesco».
> *Wir fordern Ersatz für das der materialistischen Weltordnung dienende römische Recht durch ein deutsches Gemein-Recht*

La presa di posizione nazista contro il diritto romano è netta ed è orientata a considerare il diritto romano come servitore dell'ordine capitalistico. La critica nazista si scaglia su una considerazione del diritto romano quale diritto vigente al servizio delle forze economiche e politiche (quelle che i nazisti qualificano giudaico-finanziarie) che il nazismo intendeva abbattere definitivamente. Al diritto romano, il nazismo vorrebbe contrapporre un diritto comune tedesco, quale presunta espressione di un diritto nazionale del popolo tedesco.

La critica nazista, com'è stato già esattamente evidenziato[5], confonde per diritto romano la sua reinterpretazione liberale iniziata già nel Settecento dal Giusnaturalismo e poi sviluppata dalla scuola storica di Savigny e

[4] Per un approfondimento dei problemi qui ricordati, si vd. quanto ho avuto modo di sottolineare in *Fondamento romano dei diritti odierni*, Torino, 2021, XVII ss.

[5] F. DE MARTINO, *Individualismo e diritto privato romano*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 16, 1941, 1-51; cito dalla riedizione nella Collana «*Diritto romano e Sistemi giuridici*» n.2, Torino, 1999.

cristallizzatasi nei grandi manuali di Pandette del secondo Ottocento e ipostatizza un presunto diritto comune dei popoli germanici.

La critica di Karl Marx e di Friedrich Engels nel *Manifesto del partito comunista* nel 1848 è al contrario più raffinata, in quanto è maggiormanete consapevole del diritto romano come esperienza storica. Marx ed Engels sono, infatti, pienamente consapevoli della natura storica del diritto liberale, quale risultato della reinterpretazione della codificazione giustinianea operata dalla scuola storica di Savigny, realizzando un sistema di diritto fortemente ancorato a categorie formali e in un ordine concatenato logicamente.

I punti nevralgici contro i quali si scaglia la critica marxiana sono: la proprietà privata; il contratto di lavoro salariato; la successione ereditaria.

Qui sia sufficiente notare che la critica è, in questo caso, pienamente consapevole della storicità dell'uso del diritto romano nel pensiero giuridico tedesco dell'Ottocento, non confondendosi semplicisticamente (come invece era accaduto nella critica nazista) il diritto romano con il nuovo diritto privato maturato nella scuola pandettistica tedesca. Ciò che Marx prima e le teorie marxiste poi combattono, quindi, non è tanto il diritto romano come tale, ma la sua versione liberale, come poderoso strumento di sviluppo della nuova società capitalistica dell'Ottocento. L'impostazione marxista, in sostanza, finisce per porre in risalto l'importanza dello studio storico del diritto romano[6].

In realtà, come sappiamo dal Manifesto del partito comunista del 1848, Marx ed Engels avevano lucidamente colto le conseguenze rivoluzionarie dell'ascesa della borghesia sulle forme di società preesistenti:

> «La borghesia ha avuto nella storia una parte sommamente rivoluzionaria.
> Dove ha raggiunto il potere, la borghesia ha distrutto tutte le condizioni di vita feudali, patriarcali, idilliche. Ha lacerato spietatamente tutti i variopinti vincoli feudali che legavano l'essere umano al suo superiore naturale, e non ha lasciato fra uomo e uomo altro vincolo che il nudo interesse, il freddo "pagamento in contanti". Ha affogato nell'acqua gelida del calcolo egoistico i sacri brividi dell'esaltazione devota, dell'entusiasmo cavalleresco, della malinconia filistea. Ha disciolto la dignità personale nel valore di scambio e al posto delle innumerevoli libertà patentate e onestamente conquistate, ha messo, unica, la libertà di commercio priva di scrupoli. In una parola: ha messo lo sfruttamento aperto, spudorato, diretto e arido al posto dello sfruttamento mascherato d'illusioni religiose e politiche»[7].

---

[6] L. RAGGI, *Materialismo storico e studio del diritto romano*, in *Riv. it. sc. giur.*, 8, 1955-1956, 557 ss.

[7] *Manifest der Kommunistischen Partei*, pubblicato nel febbraio 1848, London, p. 5: «Die Bourgeoise hat in der Geschichte eine eine höchst revolutionäre Rolle gespielt. Die Bourgeoise, wo sie zur Herrschaft gekommen, hat alle feudalen, patriarchalischen, idyllischen Verhältnisse zerstört. Sie hat die buntscheckigen Feudalhande, die den Menschen an seinen natürlichen Vorgesetzen knüpften, unbarmehrzig zerrissen, und kein anderes band zwischen Mensch und Mensch übrig gelassen, als das nackte Interesse, als die gefühllose

Proprio sullo schema del contratto di lavoro, la critica marxiana aveva già dal 1847 evidenziato come la declinazione liberale del contratto come libero accordo finiva per essere perfettamente funzionale alla costruzione dello scambio lavoro-salario, escludendo il lavoratore dalla partecipazione alla merce da lui prodotta[8].

Il dato della inconsapevole accettazione in Marx del nuovo concetto di obbligazione quale rapporto giuridico individualista e di rilevanza esclusivamente patrimoniale, che la scuola storica e poi la pandettistica consegnerà al Novecento[9], trova una possibile conferma in un famoso passaggio del primo libro del *Capitale* (1867-1872) in materia di processo di scambio.

> «Capitolo secondo "Il processo di scambio"
> Le merci non possono andarsene da sole al mercato e non possono scambiarsi da sole. Dobbiamo dunque creare i loro tutori, i possessori di merci. Le merci sono cose, quindi non possono resistere all'uomo. Se esse non sono ben disposte, egli può usare la forza; in altre parole, può prenderle. Per riferire l'una all'altra queste cose come merci, i tutori delle merci debbono comportarsi l'uno di fronte all'altro come persone la cui volontà risieda in quelle cose, cosicché l'uno si appropria della merce altrui, alienando la propria, soltanto col consenso dell'altro; quindi, ognuno dei due compie quell'azione soltanto mediante un atto di volontà comune ad entrambi. Quindi, i possessori di merci devono riconoscersi, reciprocamente, quali proprietari privati. Questo rapporto giuridico, la cui forma è il contratto, sia o no svolto in forme legali, è un rapporto di volontà nel quale si rispecchia il rapporto economico. Il contenuto di tale rapporto giuridico, o volontario, è dato mediante il rapporto economico stesso»[10].

La rappresentazione del rapporto giuridico (*Rechtsverhältnis*) quale rapporto di volontà, nel quale si rispecchierebbe il rapporto economico del processo di scambio, segna un legame profondo con la costruzione dell'obbligazione quale rapporto giuridico volontario. La distanza di Marx dalla costruzione giuridica è data dal pieno riconoscimento della natura

---

"baare Zahlung". Sie hat die heiligen Schauer der frommen Schwärmerei, der ritterlichen Begeisterung, der spießbürgerlichen Wehmuth in dem eiskalten Wasser egoistischer Berechnung ertränkt. Sie hat die personliche Würde in den Tauschwerth aufgelöst, und an die Stelle der Zahllosen verbrieften und wohlerworbenen Freiheiten die Eine gewissenlose Handelsfreiheit gesetzt. Sie hat, mit einem Wort, an die Stelle der mit religiösen und politischen Illusionen verhüllten Ausbeutung die offene, unverschämte, direkte, dürre Ausbeutung gesetzt».

[8] Concezione già matura nel 1847, in alcune conferenze che Marx tiene alla *Associazione degli operai tedeschi*, conferenze poi pubblicate in una serie di editoriali della *Nuova Gazzetta Renana*. Al riguardo si vd. K. MARX, *Lavoro salariato e capitale*, Roma, 2006, edizione che riproduce la traduzione di P. TOGLIATTI del 1949, traduzione rivista da F. Codino, sulla versione originaria del 1849, senza le modifiche apportate da Engels nel 1891.

[9] Si vd., al riguardo, quanto ho avuto modo di approfondire in *Obbligazione e diseguaglianza. Per una lettura critica dell'obbligazione in Friedrich Karl von Savigny*, Bologna, 2021.

[10] K. MARX, *Il capitale, Libro primo*, a cura di A. AIELLO, trad. it. di D. Cantimori, Roma, 2017, 61.

formale e sovrastrutturale di questa rappresentazione giuridica del processo di scambio, nella quale il rapporto giuridico è il riflesso del rapporto economico.

La cosa è egualmente rilevata nel contratto di lavoro e nel rapporto giuridico così creato:

> «La rivoluzione operata dalle macchine nel rapporto giuridico fra compratore e venditore della forza di lavoro è tale che l'intera transazione perde perfino la parvenza di un contratto fra persone libere»[11].

B. *Rudolph von Jhering*

Una critica che riesce ad incrinare l'edificio sistematico e concettuale del sistema di Savigny sarà conseguenza dell'operato di un iniziato e profondo conoscitore del metodo di rifondazione concettuale realizzato attraverso le fonti romane della Scuola Storica: si tratta di Rudolf von Jhering. È come se l'edificio concettuale e sistematico savigniano, nella sua fredda, ma coerente solidità scientifica e nella sua algida funzionalità per la società liberale tedesca del secolo decimonono, non potesse che subire dal suo interno una critica che ne indicasse la via del superamento, appunto nella giurisprudenza degli interessi concreti.

Nel 1877, Rudolph von Jhering, nell'introduzione del suo lavoro sullo scopo del diritto, ricorda come, nel consegnare alle stampe nel 1865 la prima edizione del suo terzo tomo del *Geist des römischen Rechts*, colse una debolezza della consueta rappresentazione del diritto in accezione soggettiva quale coerente alla prospettiva volontaristica, sostituendovi il fondamento nell'idea di interesse. E come proprio attraverso l'interesse quale fondamento del diritto, emerse la prospettiva dello scopo del diritto, quale vero motore del giuridico, tanto da affermare che:

> «lo scopo è creatore dell'intero diritto, non esiste alcuna norma giuridica che non deve la sua origine allo scopo» [*Der Zweck im Recht*, Leipzig, 1877, I, p. VI].

Si tratta di un «cambio» (*Umschwung*) metodologico che, a detta dello stesso Jhering, permetterebbe di spostare la prospettiva dal contenuto concettuale (nel quale il movimento potrebbe dirsi più statico) agli interessi perseguiti (che donano anche in chiave storica una dimensione diversa e più dinamica ai contenuti giuridici). La direzione impressa da Jhering avrà una forte ricaduta sugli studi successivi, più della stessa critica marxiana sopra vista, probabilmente perché della critica del maestro di Göttingen la scienza

[11] K. MARX, *Il capitale, Libro primo*, cit., 268.

del diritto coeva e successiva riconosceva il comune lessico e la piena padronanza concettuale della trama giuridica[12].

C. *Otto von Gierke*

In una relazione tenuta alla società viennese dei giuristi nel 1899, Otto von Gierke espresse una chiara critica dell'individualismo del diritto privato:

«È certo che in seno alla nostra società si nascondono pericoli inestinguibili di natura terribile. Ma è anche certo che nella lotta che combattiamo e dobbiamo combattere per l'esistenza continua della nostra cultura, la speranza della vittoria ci fa cenno solo se ci riempiamo dell'aspirante spirito comunitario e da esso capire come plasmare socialmente lo stato e la legge, il costume e l'economia.

In questo contesto, la questione del rapporto tra diritto pubblico e diritto privato appare come una questione vitale del presente. Il contrasto netto e fondamentale è per noi inviolabile.

...

Ancor oggi le menti colte e non colte sono ossessionate dalle idee sistematicamente sviluppate dalla rappresentazione estrema del diritto naturale con le sue teorie contrattualistiche, per le quali, poiché attribuiscono realtà solo all'individuo, tutto il diritto pubblico emana in ultima analisi dall'individuo e mira all'individuo e quindi non è nient'altro che un diritto privato più complicato.

D'altra parte, le idee elevate a sistema nelle dottrine socialiste, che comprendono e valorizzano l'essere umano esclusivamente come membro della società, minacciano tutto il diritto privato con la sua trasformazione in un ordinamento amministrativo statale.

La lotta va in entrambe le direzioni. La denazionalizzazione del diritto pubblico nel senso dell'individualismo giusnaturalistico significa la dissoluzione e la morte, la nazionalizzazione del diritto privato nel senso del socialismo significa mancanza di libertà e barbarie.

Ma se l'opposizione non può essere persa, dobbiamo comunque usare tutte le nostre forze per cercare e realizzare l'unità al di sopra dell'opposizione.

...

Abbiamo bisogno di un diritto pubblico che sia giusto in tutto e per tutto, che stabilisca un rapporto di reciprocità tra il tutto e i suoi membri, tra la comunità generale più alta e tutte le associazioni più piccole, tra la comunità e il singolo; che penetri nello Stato dal vertice fino alla base e lo vincoli, anche dove fallisca la coercizione, goda ancora della protezione dei giudici; che metta al primo posto i doveri verso il tutto, ma allo stesso tempo conceda e garantisca i diritti dei membri al tutto, la parte minima dello Stato; che proceda dalla necessità e dalla continuità della vita comunitaria e tuttavia accetti la libertà in sé.

Serve anche un diritto privato in cui, nonostante ogni santificazione della sfera inviolabile dell'individuo, viva e si intessi l'idea di comunità.

---

[12] F. WIEACKER, *Gründer und Bewahrer. Rechtslehrer der neueren deutschen Privaterchtsgeschichte*, Göttingen, 1959, 197-219; O. BEHRENDS, *Der Durchbruch zum Zweck des Rechts*, in F. LOOS (Hrsg.), *Rechtswissenschaft in Göttingen*, Göttingen, 1987, 229-269;

Per dirla senza mezzi termini: come nel nostro diritto pubblico deve esserci un odore del sogno di libertà del diritto naturale, così il nostro diritto privato deve essere filtrato con una goccia di olio socialista!».[13]

La critica di Gierke troverà un importante momento di verifica nella Costituzione di Weimar del 1919[14], nella quale si stabilirà all'art. 153-III, che «*La proprietà obbliga. Il suo uso, oltre che al privato, deve essere rivolto al bene comune*.» e all'art. 155 che «*La ripartizione ed utilizzazione delle terre sono controllate con lo scopo di impedire gli abusi e di assicurare ad ogni tedesco*

[13] O. VON GIERKE, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Relazione tenuta il 5 aprile 1889 alla Società giuridica di Vienna (pubblicata Berlin 1889 da Julius Springer), 10-13:

«Gewiß ist, daß unbeschwichtigte Gefahren furchtbarer Art im Schooße unserer Gesellschaft lauern. Gewiß aber ist auch, daß in dem Kampfe, den wir um den Fortbestand unserer Kultur kämpfen und kämpfen müßen, uns die Hoffnung auf den Sieg nur winkt, wenn wir uns mit dem aufstrebenden Gemeinschaftsgeiste erfüllen und aus ihm heraus Staat und Recht, Sitte und Wirtschaft echt sozial zu gestalten verstehen. In diesem Zusamennhange erscheint die Frage nach dem Verhälniß zwischen öffentlichen Recht und Privatrecht als eine Lebensfrage der Gegenwart. Der scharfe, grundsätzliche Gegensatz ist für uns unantastbar.

[...]

In gelehrten und ungelehrten Köpfen spuken auch heute die von der extremen Naturrechtslehre mit ihren Vertragstheorien systematisch ausgebildeten Vorstellungen, für welche, weil sie nur dem Individuum Realität zuerkennen, alles öffentliche Recht zuletzt von den Einzelnen ausgeht und auf die Einzelnen abzielt und darum nichts als ein verwickelteres Privatrecht ist.

Von der anderen Seite her bedrohen die in den sozialistischen Lehren zum System erhobenen Gedanken, welche den Menschen ausschließlich als Glied der Gesellschaft begreifen und werten, alles Privatrecht mit der Umbildung in eine staatliche Verwaltungsordnung.

Beiden Richtungen gilt der Kampf. Die entstaatlichung des öffentlichen Rechts im Sinne des naturrechtlichen Individualismus bedeutet die Auflösung und den Tod, die Verstaatlichung des Privatrechts im Sinne des Sozialismus bedeutet die Unfreiheit und die Barbarei.

Ist aber der Gegensatz unverlierbar, so müßen wir doch die Einheit über dem Gegensatz mit aller Kraft suchen und verwirklichen.

[...]

Wir brauchen ein öffentliches Recht, das durch und durch Recht sit, das ein Verhältniß der Gegenseitigkeit zwischen dem Ganzen selbst und seinem Gliede, zwischen der höchsten Allgemeinheit und allen engerem Verbänden, zwischen der Gemeinschaft und dem Einzelnen setzt; das den Staat vom Scheitel bis zur Sohle durchdringt und bindet una auch da, wo der Zwang versagt, noch des Schutzes durch Richterspruch genießt; das zwar die Pflichten gegen das Ganze voranstellt, aber zugleich den Gliedern Rechte am Ganzen, dem Geringsten Anteil am Staat gewährt und verbürgt; das von der Notwendigkeit und der Stetigkeit des Gemeinlebens ausgeht und doch die Freiheit in sich annimmt.

Wir brauchen auch ein Privatrecht, in welchem trotz aller Heilighaltung der unantastbaren Sphäre des Individuums der Gedanke der Gemeinschaft lebt und webt.

Schroff ausgedrückt: in unserem öffentlichen Recht muß ein Hauch des naturrechtlichen Freiheitstraumes wehen und unser Privatrecht muß ein Tropfen sozialistischen Öles durchsickern!». Sulla complessa nozione di «soziale Freiheit», si vd. T. REPGEN, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts.* cit., 83 ss. e 502 ss.

[14] Si vd. per l'importanza storico-politico e giuridica della Costituzione di Weimar, T. E. FROSINI, *Costituzione e sovranità nella dottrina della Germania di Weimar*, in *Il Politico*, LXI/1, 1996, 95-127. Sull'importanza avuta dal modello weimariano sulla dottrina costituzionalistica italiana, si vd. M. GREGORIO, *Dallo Stato sociale alla democrazia sociale. Le riflessioni della dottrina costituzionalistica italiana nella prima età repubblicana*, in *Quaderni fiorentini*, 46, 2017, I [*Giuristi e Stato sociale*], 517 ss.

un'abitazione sana, ed a tutte le famiglie tedesche, specie a quelle numerose, una casa ed un patrimonio familiare corrispondenti ai loro bisogni.».[15]

Da un lato la socializzazione dei diritti della Costituzione del 1919 e dall'altro l'algido edificio del diritto privato rappresentato dal BGB del 1900 sono caratterizzanti due prospettive che sembrano estranee e contigue ma intangibili tra loro nella Germania tra le due guerre.

La netta separazione tra diritto pubblico e diritto privato, spesso collegata erroneamente alla dottrina delle *positiones studii* di Ulpiano in D. 1.1.1.2,[16] assume agli occhi di Gierke un modello da superare, al fine di instillare una maggiore pervasività nel diritto privato della funzione sociale, e nel diritto pubblico, del modello liberale.

C. *Emilio Betti e la funzione economico-sociale del negozio*

Emilio Betti è forse il giurista che meglio ha rappresentato un momento alto di sintesi delle due prospettive sopra evidenziate, conservando una raffinitassima consapevolezza dogmatica, accompagnandola però da una sensibilità verso la socialità come dimensione finalistica anche del diritto privato. Il giurista italiano, nel 1934, scrisse in una breve, ma efficacissima voce sul «negozio giuridico» nell'*Enciclopedia Italiana*, un vero e proprio manifesto della funzione sociale del diritto:

> «Gl'interessi e i rapporti che il diritto privato disciplina, esistono nella vita sociale indipendentemente dalla tutela giuridica; l'iniziativa privata è il congegno motore di ogni consapevole regolamento di essi, in quanto si esplica non solo nell'aspirare a dati scopi pratici, ma anche nel foggiarsi i mezzi corrispondenti, prima di qualsiasi intervento del diritto. Ora, mezzi di tal natura sono per eccellenza i negozî giuridici. Questi sogliono avere la loro genesi nella vita di relazione: sorgono e si sviluppano spontaneamente sotto la spinta dei bisogni, per adempiere svariate funzioni economico-sociali, fuori dall'ingerenza di

[15] Si vd. al riguardo S. PATTI, *La funzione sociale nella 'civilistica italiana' dell'ultimo secolo*, in AA.VV., *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo*, a cura di F. MACARIO E M. N. MILETTI, Roma, 2017, 23 ss. in particolare 24-25.

[16] Per comprendere esattamente cosa Ulpiano afferma, è necessario collocare la costruzione all'interno della prospettiva ulpianea dello *studium iuris*. 'Studio' per Cicerone è l'assiduo impegno applicato a qualcosa, come alla filosofia, alla poesia, alla geometria e alle lettere (Cic., *de inv*. 1. 36). La coerenza del discorso ulpianeo, che prima definisce il diritto, quale *ars boni et aequi* e poi il ruolo del giurista quale *sacerdos iuris*, è confermata nell'approfondimento dello *studium* del *ius*. Ulpiano specifica, infatti, che di quest'ultimo si hanno due modi d'essere, due prospettive diverse, quella propria dello *studium* del *publicum ius* e quella del *privatum*. Non si può qui sovrapporre la concezione contemporanea fondata sulla distinzione delle discipline giuridiche in base all'oggetto (diritto pubblico, diritto privato, diritto amministrativo, diritto penale, ecc.), funzionale alla ragione storica del monopolio statalista delle fonti del diritto e dell'unicità, nella prospettiva dello stato-nazione, dell'ordinamento giuridico nazionale. L'aspetto prevalente è quello della unicità del *ius* nella diversità di angoli di visuale, concetto che Ulpiano esprime rifacendosi a modelli preesistenti, accentuandosi, con la prospettiva pubblica del diritto, lo studio del 'modo d'essere' della *res Romana*, scomponendo il *publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit*, mentre con la prospettiva privata del diritto, quest'ultimo riunisce precetti naturali, delle genti e civili.

ogni ordine giuridico. Sorgono e si sviluppano come atti con i quali i privati dispongono da sé, per l'avvenire, un regolamento d'interessi e rapporti lor proprî: come atti, cioè, di autonomia privata, diretti a dettare un regolamento, che dalla coscienza sociale è già considerato come impegnativo per le parti, prima ancora che gli atti stessi assurgano a negozî giuridici. Invero, l'inosservanza è accompagnata, nella vita sociale, da sanzioni più o meno energiche e sicure, così di carattere specifico (es.: misure di ritorsione e di autotutela) come di carattere generico (es.: perdita o diminuzione del credito sociale con conseguente impossibilità o difficoltà di concludere nuovi affari). Per il fatto di essere riconosciuti dal diritto, i negozî non cambiano la loro intima natura: solo, le sanzioni sociali sono in parte assorbite e sostituite, in parte fiancheggiate e rafforzate da una sanzione più energica e sicura: quella del diritto. La quale appare qualcosa di aggiunto e di logicamente posteriore: per essa l'autonomia privata si dimostra riconosciuta dal diritto e i negozî diventano negozî giuridici: strumenti che il diritto stesso mette a disposizione dei privati per dare vita e sviluppo a rapporti giuridici fra loro.»[17]

Emilio Betti, tra le due guerre, sviluppa una concezione in contrasto con il modello dominante dell'individualismo liberale e del dogma della volontà del diritto privato tedesco come rappresentato non solo nelle opere della Pandettistica, ma anche nel BGB del 1900[18].

L'enucleazione della formula della «funzione (economico-)sociale» come prospettiva privilegiata per evidenziare la stella polare che recupera alla *humus* comunitaria la dimensione degli istituti giuridici ed anche dei principi libertari sembra imporsi, nel pensiero bettiano, come modello anti-individualista[19].

3. *Orlando Gomes e la funzione sociale del diritto*

Agli stessi anni nei quali Emilio Betti accoglieva in Italia la formula della funzione sociale del diritto, nel 1933 in Brasile esce il libro di Orlando Gomes su «Lo Stato e l'individuo», nel quale il grande giurista brasiliano coglie una tendenza di fondo della relazione evocata dal titolo, in chiave di ribaltamento del rapporto conflittuale teorizzato dal darwinismo sociale dell'individuo contro lo Stato, per evidenziare oramai un orientamento nel senso dello Stato per l'individuo [20].

---

[17] E. BETTI, *Negozio giuridico*, in *Enciclopedia Italiana di Scienze, Lettere e Arti*, XXIV, 1934, Roma, 505.

[18] Vedi gli approfondimenti fatti in A. SCHIAVONE, «*Il nome*» *e* «*la cosa*». *Appunti sulla romanistica di Emilio Betti*, in *Quaderni fiorentini*, 7 /1978, 293 ss.; in particolare 304-305; M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti. Due visioni del diritto civile*, Giappichelli, Torino 2013, 159 ss.

[19] Vd. quanto emerge nel bel volume AA.VV., *La funzione sociale nel diritto privato nel diritto privato tra XX e XXI secolo* cit., nei quali si ha un approfondimento della funzione sociale in molti contesti tipici, con contributi di Carratta, Chiodi, Iannarelli, Lipari, Macario, Miletti, Patti, Rescigno, (C.) Scognamiglio, Sesta, Somma, Stella Richter jr.

[20] O. GOMES, *O Estato e o individuo*, Bahia, 1933, nel quale si conclude, dopo aver esaminato l'individualismo (11-24), socialismo (25-52) e il fascismo (53-67), concludendo che: «A formula de Spencer – *o individuo contra o Estado* è substituida pela de Wilson – o *Estado pelo individuo*.» (p. 78).

L'orientamento porta Orlando Gomes ad evidenziare come proprio nella legislazione lavorista in Brasile stia maturando «il più importante processo normativo di socializzazione del diritto»[21]

L'affinità elettiva tra Orlando Gomes ed Emilio Betti matura nei lavori successivi, nelle ricerche dedicate soprattutto al diritto civile, ma non come influenza di una idea altrui sulla propria, quanto come idea propria che trova nella dottrina di Betti una compagna di viaggio.

Anche altri giuristi, sia italiani che tedeschi (utilizzati dalle traduzioni in spagnolo), sono citati nei lavori di Orlando Gomes, come Tullio Ascarelli e Tullio Liebman, Franz Wieacker e Karl Larenz.

Traspare una scienza giuridica transnazionale, con l'inidviduazione di fenomeni trasversali che segnano la storia del diritto privato del XX secolo nel senso della socialità del diritto.

La lettura delle pagine del giurista brasiliano evidenziano una *medietas* di toni, che riesce convincentemente a coniugare – come anche in Betti – una solida formazione dogmatica con una rilettura funzionale del diritto privato, che trova non soltanto nel diritto del lavoro, ma più ampiamente proprio nel diritto privato un importante momento di verifica.

Nell'*Anteproyecto* del 1963 prende corpo un quadro normativo corente alla sua idea di socializzazione del diritto, modello che rappresenterà un punto di riferimento anche per il nuovo codice civile brasiliano del 2003, nel quale la formula della funzione sociale ha trovato una ampia pervasività[22].

[21] Così il folgorante *incipit* dell'opera di O. GOMES, *Direito do Trabalho*, Bahia, 1941, p. 3.

[22] M. REALE, *História do novo Código civil*, São Paulo, 2005, 38. Sull'*Anteproyecto* di Orlando Gomes e sulla sua influenza si vd. J. P. SCHMIDT, *Zivilrechtskodifikation in Brasilien*, Tübingen 2009, 62-65,